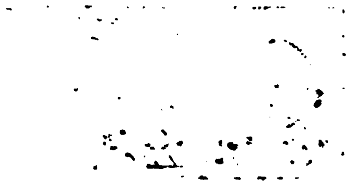




IL RAPPORTO DI BELLIGERANZA

STUDIATO

NEI SUOI CARATTERI DIFFERENZIALI

SAGGIO

DI

SCIPIONE GEMMA

PROFESSORE DI DIRITTO INTERNAZIONALE
E STORIA DELLE RELAZIONI INTERNAZIONALI
NEL R. ISTITUTO DI SCIENZE SOCIALI



FIRENZE
BERNARDO SEEBER
LIBRAIO-EDITORE

1900

Bologna 1900 — Tipografia A. Garagnani e figli

SOMMARIO

1. Determinazione del campo giuridico nei problemi attinenti alla guerra — 2. Opportunità attuale di questa indagine giuridica. — 3. Considerazioni generiche sulla definizione della guerra e sul suo carattere fondamentale. — 4. Difficoltà di concretare gli altri caratteri essenziali della guerra giuridicamente considerata: la personalità del gruppo sociale belligerante. — 5. Ulteriore specificazione della personalità nell'autonomia e nella libertà delle parti belligeranti. — 6. Effetti della diversa compenetrazione tra lo Stato e la Società in ordine al concetto della guerra. — 7. Lo scopo della guerra in relazione al suo concetto. — 8. La legittimità dell'azione bellica in rapporto alla coscienza dello Stato. — 9. Il limite alla violenza nella nozione della guerra. — 10. Differenziazione tra la guerra e le rappresaglie in rapporto al limite precedente. — 11. Il carattere particolare dell'azione giuridica nella guerra in relazione al concetto generico della procedura ordinaria. — 12. Esame più specifico di tale carattere in confronto allo storico duello giudiziale. — 13. Ultime deduzioni sulla diversità tra la guerra ed ogni forma di dibattito giudiziale. — 14. In qual modo si debba intendere la personalità delle parti belligeranti. — 15. Come il rapporto bellico non sia un mero rapporto di forza. — 16. Come la guerra non sia sanzione del diritto delle genti. — 17. Conclusione.



1. — Fra i moltissimi aspetti sotto i quali può essere considerato il fatto sociale e storico della guerra, notevolissimo è l'aspetto giuridico: e soltanto di esso intendiamo occuparci in queste pagine.

Ci preme che ciò sia messo bene in chiaro fin da principio perchè questa semplice e breve parola *guerra* racchiude ordini di fenomeni così complessi e assomma tanta parte di attività umana che sono poche le discipline le quali possano prescindere da farne uno studio più o meno diretto.

La filosofia che indaga le genesi e le ragioni supreme della guerra, la sociologia che ne studia gli effetti sulla vita collettiva delle società, la storia che ne descrive l'evoluzione attraverso il tempo e lo spazio e ne racconta gli episodî più salienti, l'arte militare e navale che ne perfezionano il tecnicismo sotto il doppio aspetto dell'offesa e della difesa, l'economia che ne valuta gli effetti in rapporto agli elementi della ricchezza, la fisiologia e l'antropologia che ne indagano le conseguenze sulla modificazione degli individui e sulla trasformazione della razza, la medicina e la chirurgia che vi trovano sì larga applicazione di sempre nuove esperienze; discipline, insomma, tra le più disparate, possono convergere sulla guerra le loro osservazioni.

Ma c'è di più.

Anche prescindendo da ogni interesse scientifico, la guerra si riannoda a troppi interessi della vita reale, desta in fa-

vore o contro sè medesima troppe passioni, suscita troppi timori e troppe speranze per impedire che restino indifferenti pure coloro che non hanno l'abito e l'attitudine al pensiero scientifico. Perciò l'uomo politico, il moralista, l'uomo di affari, il pubblicista, persino il poeta, ognuno può dir la sua opinione intorno a un argomento che si riannoda ai più alti e ai più delicati problemi della vita individuale e sociale.

In mezzo a tanta varietà di ricercatori sullo stesso terreno, non può far meraviglia che il giurista non abbia sempre trovato il campo preciso e i limiti della sua opera e così non sia riuscito a compiere esaurientemente neppur quello che sarebbe davvero l'ufficio suo. Con che non si vuol dire che non si possa tentare una sintesi di tutti questi disparati elementi, cercando di lumeggiare la guerra sotto tutti i suoi possibili aspetti e in tutte le sue attinenze. Il tentativo è stato fatto di recente nell'opera poderosa, in breve tempo divenuta classica, del Bloch (1). Si può però osservare che, per quanto condotta con grande ingegno e con gran potenza di sintesi, neppur quest'opera è scevra di difetti e di lacune, senza dire ch'essa lascia di soverchio intravedere *la tesi*, e s'occupa piuttosto della natura etico-sociale che non di quella giuridica della guerra. Dopo la lettura del libro del Bloch, insomma, resta piuttosto appagata la domanda: « quali sono gli effetti della guerra o soltanto della probabilità di guerra », che non l'altra: « che cosa è giuridicamente la guerra ».

È invece quest'ultima che interessa più in particolare il giurista, il quale pertanto deve studiare l'argomento con

(1) L'opera originale è scritta in russo. Abbiamo sottocchio la traduzione francese: Jean de Bloch, *La guerre*, Parigi 1900. Sono sei volumi, intramezzati da molte illustrazioni e diagrammi statistici.

obiettivi ben determinati e suoi proprii. L'aver ciò dimenticato ha fatto sì che, come si sono visti uomini d'armi e di mare voler fare i giuristi e dire (certo senza loro colpa ma per pura mancanza di competenza) dei grossi spropositi, si sono veduti d'altra parte molti giuristi voler discorrere sull'argomento facendo della filosofia, della sociologia, della psicologia, della scienza militare, un po' d'economia, persino un po' di patriottismo o d'umanità, introducendo così molte questioni ed elementi che in sè medesimi sono indubbiamente importanti e interessantissimi, ma che rischiano di turbare quei problemi che il giurista è realmente competente a risolvere.

2. — Ecco perchè noi crediamo di dover senz'altro saltare a piè pari tutte quelle discussioni che continuamente si rinnovano su la essenza, la fatalità, la immanenza o la possibile disparizione, i danni o i pretesi vantaggi della guerra e di tutti quegli istituti che, anche durante la pace, servono ad essa di preparazione o di prevenzione.

Per noi basta partire da una constatazione di fatto, che cioè la guerra — maledetta dagli uni o giustificata e perfino esaltata dagli altri nel campo teorico — viene, quanto meno, tollerata dal sentimento pubblico e da la coscienza giuridica attuale.

Comunque si voglia pertanto spiegarlo, il fatto della guerra turba ancora la tranquillità della vita internazionale: la turba sia rispetto a coloro che direttamente vi prendono parte, sia rispetto a chi sta semplice spettatore. Questa condizione particolare e, diciam pure, anormale di cose fa sorgere un complesso di rapporti nuovi che vengono compresi sotto il nome generico di *diritto di guerra*, e tali rapporti sono tanto caratteristici ed importanti, che furon anzi proprio quelli che attirarono per primi l'attenzione dei trattatisti di diritto delle genti. Oltre alle opere che vi furono

dedicate espressamente, nei vecchi trattati di diritto internazionale il *jus belli* occupa sempre un'estensione assai considerevole e, quando mai, si sarebbe potuto sperare che, col raffermarsi delle relazioni pacifiche degli Stati, con lo estendersi della civiltà, e sopra tutto col crescere del sentimento di solidarietà tra i popoli colti, questa dolorosa parentesi avrebbe dovuto aprirsi a intervalli sempre più lunghi nella storia e dar quindi ai giuristi sempre minori occasioni di occuparsene.

Disgraziatamente la vita internazionale degli ultimi anni non giustifica tanto ottimismo, poichè, se è vero che, dal 1870-'71 in poi, non si è avuta una conflagrazione europea nel senso vero e proprio della parola, si è avuto però più di un conflitto che in ordine al diritto di guerra ha provocate numerose discussioni. Basterebbero le tre ultime guerre cino-giapponese, greco-turca, ispano-americana, senza contare la lotta anglo-boera che è tuttora impegnata nell'Africa del sud, a mostrare che pur troppo, ancor oggi, nel diritto delle genti il capitolo che tratta della condizione di guerra non può essere nè uno dei più brevi nè uno dei meno importanti. Tanto più che le esigenze dell'espansione economica europea, mettendo in contatto violento popoli di civiltà differenti o, molto spesso, inferiori, hanno risollevato, sotto diverso aspetto, la vecchia questione dei limiti territoriali del diritto delle genti e della condotta da tenersi di fronte alle razze così dette inferiori.

Ciò dal lato obiettivo, per quanto richiede la pratica internazionale, la quale si ritrova tutt'altro che costante e sicura nei suoi procedimenti. Se poi ci volgiamo nel campo dell'attività scientifica, anche qui troveremo che l'accordo tra gli scrittori è ben lungi dall'essere raggiunto non pure in certe questioni particolari — ciò che non si potrebbe davvero pretendere — ma nemmeno nei criterî informatori

della materia. Sopra tutto degne di considerazione sono certe divisioni nazionali, le quali, finchè persisteranno, renderanno impossibile la formazione di un diritto di guerra veramente internazionale che possieda la cercata sicurezza e individualità. Uno scrittore francese (1) ha di recente messa in luce l'opposizione delle dottrine inglesi a quelle che prevalgono sul continente per ciò che concerne in particolare la guerra marittima; ma altre e gravi divergenze si riscontrano per altri argomenti.

3. — Se dovessimo seguire l'uso comune sarebbe qui il punto di tentare una definizione giuridica della guerra. Per far ciò bisognerebbe però ritenere col Pinheiro-Ferreira che le definizioni siano atte « a servir di base ai principî e ai ragionamenti », mentre per parte nostra non solo riteniamo in generale « omnis definitio in jure periculosa », non solo pensiamo che l'adoperare una definizione quale punto di partenza per una serie di corollarî rappresenti un metodo troppo prevalentemente deduttivo, e quindi troppo pericoloso per chi non ama scostarsi dalla realtà dei fatti, ma crediamo che — nel caso particolare — il nostro tentativo riuscirebbe presso che vano. Poichè nulla sarebbe più facile, ma ad un tempo meno utile, che il far la critica di molte e molte dozzine di definizioni della guerra che già vennero proposte; nulla sarebbe più difficile che il darne una nostra la quale da critiche pretendesse d'andar esente (2).

---

(1) Charles Dupuis; *Le droit de la guerre maritime d'aprés les doctrines anglaises contemporaines,* Parigi 1899.

(2) Si può anche aggiungere che la definizione deve per sua natura limitarsi a un concetto molto sintetico e generale che, per essere assai comprensivo, impedisce troppo spesso una ricerca più minuta e analitica della natura giuridica della guerra e dei suoi caratteri differenziativi. Degli scrittori che abbiano abbandonato il metodo di incominciare con una definizione per poi

La ragione di ciò si trova nel fatto che il concetto della guerra è necessariamente connesso ad altre concezioni delle quali nessuna alla sua volta può rimanere integralmente fissa per lungo tempo. Sarebbe un gravissimo errore isolare l'idea della guerra da quelle di Stato, di diritto, di società internazionale, mentre col trasformarsi di queste (e le trasformazioni — pur limitandoci al periodo moderno e alla cerchia dei popoli più civili — furono davvero radicali) deve necessariamente mutare anche quella.

Più dunque che una definizione sarà utile ricercare il rapporto che lega la guerra a questi altri concetti cui si è accennato: E noi vedremo dapprima balzar fuori un carattere differenziativo della guerra che la distingue nettamente da ogni altra forma di attività sociale, un carattere universale e permanente: quello d'essere *una forma di violenza.* Dei « duo genera decertandi, alterum per disceptationem, alterum per vim » di cui parla Cicerone, siamo in presenza del secondo. Possiamo prescindere dalla causa che muove il litigio; possiamo anche prescindere dal

---

illustrarla, conosciamo soltanto HEILBORN (*Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen*, Berlino, 1896) il quale pone invece questi quattro principî: « 1.° Der Krieg ist ein dem Frieden entgegengesetzter Zustand. 2.° Der Krieg ist ein Verkehrsmittel, das Kriegsrecht ein Teil des Staatenverkehrsrects. 3.° Der Krieg ist ein Mittel der Selbsthilfe zur Durchsetzung völkerrechtliche Ansprüche, ein Rechtsmittel; das Kriegsrecht ist Völkerprozessrecht oder vertritt dasselbe. 4.° Der Krieg ist ein Mittel der Selbsthilfe zur Durchsetzung von Ansprüchen, zur Befriedigung von Interessen jeder Art (pag. 322). Alcuni di questi principî saranno da noi in appresso combattuti, ma crediamo tuttavia egualmente benemerito l'autore tedesco per avere introdotto un sistema che permette di svolgere la discussione assai meglio di quanto si potesse fare entro il letto di procuste di un' arida definizione.

soggetto di esso - folla amorfa, famiglia, tribù, casta, classe, partito o Stato - ma non potremo dir che vi sia guerra ove manchi il carattere della violenza collettiva. In questo senso diceva bene Ugo Grozio quando definiva sinteticamente la guerra come uno « status per vim certantium » ossia un modo di decidere una questione con la forza in opposizione all'altro modo di definire una controversia per via giudiziale. In questo senso affermano una cosa vera tutte le altre moltissime definizioni sullo stesso tipo da quella del Pufendorf che vede nella guerra « la condizione di chi rispettivamente si fa del male o lo respinge a viva forza (1) » a quella del Martens che la qualifica: « uno stato permanente di violenze indeterminate fra gli uomini (2). » Non dissimili, benchè maggiormente determinate, sono quelle più recenti del Lüder e del Rettich (3).

4. Tutte le definizioni di questo tipo affermano una verità ma tutte sono, ad un tempo, incomplete ossia — come definizioni — errate. Poichè esse ci danno bensì uno degli elementi della guerra, e anzi il più universale e fondamentale, ma s'arrestano lì: esse non permetterebbero più di distinguere tra guerra e rivoluzione, tra conflitto fra orde selvagge e fra Stati civili e via via. Ed è qui che salta agli occhi la stretta attinenza tra la guerra e quegli altri

(1) S. Pufendorf. *De jure naturae et gentium,* libri octo. Ed. 1734, lib. I, cap. I, § VIII.

(2) C. F. de Martens. *Précis du droit des gens moderne de l'Europe.* Ed. 1864, vol. II, pag. 201.

(3) Lüder definisce la guerra: « der zwischen Staaten oder staatenähnlichen Bevölkerungsteilen mit Waffengewalt geführte Kampf » (nell' *Handbruch des Völkerrechts* dell'*Holtzendorff,* vol. IV, § 48) e Rettich: « der gewaltsame Wettkampf um ein gemeinsames, nur durch ihn zu erreichendes oder zu behauptendes Streitobjekt » (*Zur Theorie und Geschichte des Rechts zum Kriege,* Stuttgart 1888, pag. 72).

concetti cui accennavamo più sopra. La violenza infatti non diventa guerra se non in quanto ne sia fatto uso da un gruppo sociale il quale, contrapponendosi ad un altro, affermi di fronte a questo una propria personalità ed operi con la coscienza di esercitare un' azione legittima. Ecco come si spiegano le secolari discussioni intorno alla facoltà da attribuirsi o negarsi a certi enti di compiere operazioni di guerra. Sono discussioni sulle quali gli autori moderni hanno sorvolato, in generale, con troppa leggerezza, mettendole quasi in ridicola come fondamentalmente errate nei loro termini o puramente scolastiche, senza capirne la significazione intima e il valore immanente.

Che altro dimostrano, ad esempio, quegli interminabili dibattiti degli scrittori medievali intorno alla guerra pubblica e privata se non le difficoltà, l'incertezza nel localizzare la sovranità nella società medievale? In una società appunto quale la medievale, composta di elementi tanto disparati, quando il concetto di Stato o mancava del tutto o era debolissimo mentre erano fortissimi alcuni organismi superiori allo Stato, come l'Impero e la Chiesa, ed altri inferiori come il feudo, la città, il comune, era troppo naturale che ogni scrittore, secondo le sue particolari tendenze, attribuisse o negasse il carattere di buona guerra alla violenza sociale, secondochè promanasse da un ente a cui venisse riconosciuta personalità internazionale e secondo il rapporto in cui tale ente si credeva trovarsi con altri a sè simili. Dato il presupposto della monarchia universale si capisce che solo all' imperatore spettasse dichiarare la guerra e che solo quella da lui indetta fosse la vera e la propria. Soltanto in essa poteva trovarsi anche la protezione del diritto. Così secondo Azone sono nemici legali sol quelli ai quali il popolo romano e l'imperatore pubblicamente dichiarano la guerra: gli altri sono predoni o ladri e possono

come tali essere uccisi (1). La Chiesa stessa, che oggi si ritiene quasi da tutti una società esclusivamente religiosa, fu invece per molto tempo considerata come la depositaria della sovranità universale di Dio sulla terra, epperò non pure le venne attribuita facoltà di esercitare atti di guerra ma si negò il carattere di buona guerra a quella che fosse impresa contro il suo Capo. Le ostilità iniziate da città, da comuni, dai primi organismi che osarono affermare la propria personalità politica furono per lungo tempo oggetto di diatribe vivissime sul punto di sapere se si potessero considerare come forme di guerra legale. In altri termini il ricercare il carattere legale della guerra in ordine al soggetto di essa ha sempre equivalso a indagare la distribuzione della sovranità nella società internazionale; e così è sempre avvenuto nel mondo antico, nel medievale, nel moderno.

Quando Cicerone diceva che un popolo, per poter esser considerato belligerante rimpetto a un altro, deve possedere uno stato, un senato, un tesoro pubblico, il consentimento dei cittadini e il potere di conchiudere trattati di pace e d'alleanza, non faceva altro, in realtà, che delineare il carattere ed enumerare gli elementi d'uno Stato sovrano (2). E ciò corrispondeva appunto al concetto che si aveva nel mondo antico dello Stato, nel quale soltanto si vedeva un soggetto di rapporti internazionali. Poi il frazionamento della sovranità nel mondo medievale portò a riconoscere

(1) Azonis, *Summa*, Cod. lib. VIII. *De captivis*. Ed. Lione 1550, pag. 207.

(2) *De re publ.* I, 25 nonchè *Cat.* IV, 6: « Ac majoribus quidem vestris, Quirites, cum eo hoste res erat, qui haberet rem publicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium, rationem aliquam, si res tulisset, pacis et foederis.. »

legittime, con molte distinzioni e suddistinzioni, le guerre intraprese ad iniziativa dei numerosi enti che costituivano il sistema gerarchico della società feudale; e, infine, quando entriamo nel mondo moderno e il diritto pubblico incomincia a disegnare un tipo di Stato nazionale e una società di Stati sulla base dell'eguaglianza tra i membri, la dottrina deve prendere il concetto di Stato indipendente come elemento inseparabile dalla nozione di guerra.

È difficile fissare con precisione entro termini tassativi il momento in cui queste varie trasformazioni avvennero, in ispecie nel passaggio tra il mondo medievale e il moderno. Alberico Gentili, che sente già fortissimo l'influsso dei concetti della Rinascita, vede infatti nella guerra una lotta *tra armi pubbliche* (1). L'idea di guerra privata è dunque ormai soppressa. Non che sparisca ad un tratto e non torni a far capolino anche in pubblicisti posteriori al Gentili (tant'è vero che parecchio tempo dopo, Giovanni Voet sente ancora il bisogno di combattere gli argomenti in sostegno dell'antica distinzione); ma il criterio di ritener vera guerra soltanto quella che i vecchi scrittori medievali qualificavano per pubblica, e riconoscer per pubblica soltanto quella intrapresa da uno Stato indipendente, acquista decisamente la prevalenza. Bynkershoek, che è, come è noto, tanto buon osservatore di fatti e tanto poco idealista da rifiutare persino la distinzione tra la forza e il dolo, vede nella guerra una lotta tra parti indipendenti (suae potestatis) (2) e, dopo di lui, l'indirizzo in questo senso è sempre più forte e più universale.

---

(1) *De jure belli*; Lib. I, Cap. II, § 1.

(2) *Questionum juris publici libri duo.* Ed. 1737, Lib. I, cap. I: « Ne quidem dolum in definiendo bello excipere volui, cum nihil omnino intersit dolo an virtute in hostem agas. »

Possiamo ora proceder oltre nella nostra analisi, poichè le precedenti osservazioni ci autorizzano a conchiudere che per aver guerra non basta il fatto della violenza, ma occorre che la violenza sia esercitata da un gruppo cui la coscienza sociale di un determinato momento storico riconosce una sovranità e una personalità esplicantisi internazionalmente. E siccome nel momento storico che ora attraversiamo e tra i popoli di coltura (1) queste condizioni si ritrovano nello Stato ed esclusivamente in esso, così possiamo dire che i termini tra i quali intercede il rapporto violento di ostilità sono, di regola, gli Stati.

5. — Ma non basta ancora. Essendo sempre la guerra provocata da una contestazione di due enti sul medesimo oggetto, è necessario che i due enti abbiano *la eguale competenza* a decidere su quell' oggetto. Conviene cioè che gli Stati si trovino gli uni rimpetto agli altri in tale rapporto da escludere qualunque idea di tutela, di gerarchia, di subordinazione (2), conviene insomma che la società internazionale in mezzo alla quale gli Stati si muovono ed agiscono sia una società *di coordinazione* i cui membri si trovino mutuamente in un rapporto di parità formale.

Altrimenti, ammesso un potere superiore comunque organizzato e costituito, spetta ad esso decidere di una contestazione tra enti minori, e la lotta tra di essi non potrebbe concepirsi che come una specie di giudizio, di cui l'ente

(1) Questa denominazione, tanto usata dagli scrittori germanici, ci sembra possa ottenere anche la cittadinanza nella nostra lingua.

(2) Tutto ciò, bene inteso, va detto in generale come condizione normale dei rapporti internazionali, e sopratutto per i tempi moderni. Il caso particolare di uno Stato che possa dipendere da un altro per vincoli speciali (protettorato, vassallaggio ecc.) non potrebbe qui esser preso in considerazione ma va esaminato a sè.

superiore riconosca esso medesimo l'opportunità, o come una ribellione e un'invadenza nelle prerogative di quello.

Tanto più se la lotta fosse contro di esso. E qui l'organizzazione della società internazionale del medio evo ci serve bene d'esempio. Quando l'imperatore ed il papa erano riconosciuti quali poteri supremi della società come era allora costituita, si capisce che non si potesse ammettere negli altri enti minori la facoltà di risolvere da sè con la forza una questione di diritto pubblico, e che non potesse nemmeno ritenersi legale una lotta al di fuori di essi o contro di essi. Perciò sentiamo il giureconsulto Martino da Lodi proclamare che le coalizioni « non dicuntur justae quando fiunt contra papam vel imperatorem » (1) e che « papa potest compellere principes ad servandam pacem inter eos contractam (2) ».

Tolta insomma l'autonomia e la libertà delle parti in ordine all'interpetrazione del punto litigioso, tolta la parità e l'eguaglianza formale delle parti stesse, non è possibile che nel fatto della violenza non sia coinvolto anche un concetto di *ribellione* da un lato, di *autorità* dall'altro, che toglie alla manifestazione ostile la veste di guerra pura e semplice.

Dunque un altro carattere differenziativo di essa è che abbia luogo tra due enti di cui sia riconosciuta la eguale competenza a decidere sul medesimo oggetto; di cui l'uno non si trovi in dipendenza dell'altro e tutti e due d'un terzo. Il che non può avvenire che in una società internazionale individualistica, acefala, la quale si regga sul principio della eguale libertà e autorità dei suoi componenti.

---

(1) *De confoederatione, pace et conventionibus principum;* quest. 63. (In: *Tractatus illustrium in utraque* etc. Venetiis 1584, vol. XVI).

(2) *Ibidem*, quest. 19.

6. — Il rapporto che lega concettualmente la guerra con lo Stato e con la società degli Stati non potrebbe dunque essere più intimo. Finora però abbiamo considerato lo Stato come sinonimo d'una determinata società politica differenziata da un'altra. È questo il concetto più comprensivo dello Stato ed è quello che basta, in via normale, al diritto internazionale pubblico. Quivi infatti, parlandosi di Stati, s'intende alludere alle diverse società politiche che, insieme, costituiscono la vasta associazione dell'umanità, escludendo affatto l'indagine del modo con cui ognuna di esse esplichi per parte sua la sovranità internazionale. Ma, a lato di questo, c'è anche dello Stato un concetto assai più ristretto, per il quale lo Stato non si compenetra più con la società politica, ma è piuttosto il complesso di quegli organi per mezzo dei quali essa appaga i suoi bisogni e s'indirizza ai suoi fini. In questo senso lo Stato si stacca dalla società politica e, mentre è sovrano *a lato* degli altri Stati, è sovrano altresì *sopra* la società politica cui presiede.

Ebbene, anche tale concetto non è indifferente per la guerra. Poichè l'essere la guerra un rapporto tra due enti sovrani e l'essere cotali enti compenetrati in un grado maggiore o minore con una società politica, importa che questa società politica risenta più o meno gli effetti di tale compenetrazione. In altri termini; l'estensione e la natura medesima della violenza vengono appunto determinate dall'unione o dal distacco dello Stato e della società politica. Non altro infatti spiega il carattere giuridico profondamente diverso della guerra antica e della guerra moderna se non il concetto profondamente diverso dello Stato e della società politica nelle due epoche storiche.

Allorchè il cittadino era così intimamente unito allo Stato da formare con esso un'unità indivisa, tanto da non permettere la partecipazione del diritto a chi non apparte-

nesse a quella determinata comunità politica, era perfettamente logico che l'ostilità involgesse, insieme con lo Stato, tutto il complesso dei cittadini. Il concetto odierno della guerra, ch'essa sia un rapporto unicamente da Stato a Stato e che l'ostilità possa colpire lo Stato senza turbare, se non *indirettamente* e ai soli effetti politici ed economici, la società cui presiede (1), tale concetto, diciamo, non è potuto sorgere primachè la differenziazione tra lo Stato in senso lato, ossia come sinonimo di società politica, e lo Stato in senso più ristretto, non si sia fatta strada nel diritto pubblico.

7. — Procediamo ancora nella nostra analisi. Abbiamo già assodato che la guerra è l'interferenza violenta sul medesimo oggetto di due enti che si ritengono in pari grado competenti a decidere su di esso. Altro presupposto pertanto della guerra è la preesistenza di una controversia di cui la guerra è il mezzo violento di soluzione. La guerra dunque non può mai concepirsi giuridicamente come *fine a sè stessa;* essa ha sempre ragione di mezzo; è posta in essere per raggiungere *uno scopo al di fuori di essa.* Di uno Stato che abbia dichiarato di voler fare la guerra unicamente per fare la guerra, non si saprebbe trovare esempio.

---

(1) È questo il concetto generale della guerra odierna, espresso dal Dudley Field nei seguenti termini: « War is a relation of nation to nation, or of community to community and does not affect the relations of individuals with each other » (*Outlines of an international Code*, New York 1876 pag. 468). E tale caratteristica è anzi tanto saliente che da qualche scrittore contemporaneo viene considerata come il maggior trionfo dell'odierno diritto internazionale. Cfr. Walker (*The science of int. law,* London 1893 pag. 249): « The greatest of the triumphs of international law has consisted in the creation of non - combatant classes and the limitation of strict war - right in respect at once of persons and property ».

Con ciò, bene inteso, non si vuole niente affatto discutere la giustizia del fine che uno Stato si propone di raggiungere con la guerra. Questa è un'altra questione che sta da sè. Potrà darsi benissimo, e si dà nella pratica, che il motivo invocato da uno Stato nel prendere le armi non sia che un pretesto per mascherare un movente tutt'affatto diverso. Ma, nel punto dialettico che qui ci occupa, resta sempre vero che sussiste per uno Stato, *contrastato da un altro Stato*, un obiettivo da raggiungersi di cui la guerra non è che un mezzo di conseguimento. Ciò senza pregiudicare per nulla la questione se quel mezzo sia nella realtà obiettiva l'unico possibile, o il più giusto, o il più opportuno.

Da altri s'è creduto di vedere lo scopo della guerra nella conclusione della pace. Il vecchio teologo Francesco Arias, partendo indubbiamente da un alto concetto morale, aveva già affermato che « bellum geritur ut pax quaeratur » (1), Ugo Grozio aveva ribadito: « ipsum nos bellum ad pacem, ut finem suum, deducet » (2), e recentemente il Dupuis, conservandosi nello stesso ordine d'idee, considera come scopo ultimo della guerra il ristabilimento d'una pace durevole (3).

Il concetto di questi scrittori corrisponde certo a un *desideratum* etico commendevolissimo, ma non è altrettanto impeccabile per correttezza giuridica. Poichè lo stato di pace esisteva già *prima* che fosse dichiarata la guerra ed è quindi assurdo il pretendere che si faccia la guerra per ottenere ciò che già si aveva senza di essa. Il ristabilimento dei buoni rapporti tra i due Stati sarà una *conseguenza* ne-

---

(1) *De bello et ejus justitia,* in: *Tractatus illustrium in utraque* etc. Venetiis 1584 al vol. XVI.

(2) *De jure belli ac pacis,* libro I cap. I.

(3) *Le droit de la guerre maritime* etc. Parigi 1899 pag. 9.

cessaria e fortunata della cessazione della lotta, ma non sarà lo *scopo* della lotta. Quello scopo non si può ritrovare che nella reintegrazione del diritto, nella tutela dell'interesse, nel trionfo dell'obbiettivo politico per il quale la lotta è stata intrapresa. Non sarebbe neppure esatto il far consistere il fine della guerra nel distruggere o paralizzare le forze dell'avversario, nel costringerlo a cedere, nel forzarlo a scendere a patti (1). Questo sarà l'obiettivo immediato voluto dai preposti alla condotta dell'azione militare, non quello dello Stato, che non potrà stare se non nel raggiungimento di quelle finalità politiche per le quali la guerra è stata intrapresa. Perciò si dice anche nel linguaggio comune che una guerra *è riuscita* e un'altra no; mentre se il fine della guerra fosse il ristabilimento della pace ogni guerra raggiungerebbe, presto o tardi, il suo fine.

Ben sappiamo che contro ciò parrebbe potersi opporre la teoria di quegli scrittori, la maggior parte sociologi, che vedono nella guerra uno scopo a sè stessa, in quanto, essi dicono, la guerra non soddisfa a un interesse di Stato, ma piuttosto di una determinata classe nello Stato, la quale se ne serve esclusivamente come strumento di dominio. Questa teoria è stata ai nostri giorni svolta con tanta larghezza che non ha certo bisogno d'esser qui ricordata. E le sue conclusioni sembrerebbero opporsi in modo assoluto all'ultima nostra dichiarazione, in quanto appunto la guerra viene considerata come fine a sè stessa o, se un'altra finalità vi si voglia trovare, non sarebbe già quella di decidere su una determinata questione internazionale (le questioni internazionali

---

(1) In questo senso Hall (W. E.) *Treatise on int. law* 2.ª ed. 1884 pag. 66, Pinheiro-Ferreira, in nota al Wattel e in: *Cours de droit public*, trad. franc., Belime in Pradier-Fodéré, *Traitè de dr. int.* etc. vol. VI Parigi 1894 pag. 507.

non sarebbero che pretesti abilmente sfruttati da una diplomazia asservita a un interesse di classe) ma di favorire l'incremento di una particolare società e di un complesso d'interessi che vengono sinteticamente designati col nome di militarismo.

Poche osservazioni però ci mostreranno che l'ostacolo opposto da questa teoria a quanto noi sosteniamo è più apparente che reale.

In primo luogo la teoria medesima è tutt'altro che pacifica, e la stessa larga discussione cui ha dato luogo, e che non accenna a cessare, dimostra ch'essa non è ancora riuscita a conquistare definitivamente il suo campo. Tale campo, a ogni modo, già lo avvertimmo, esorbita da quello del diritto trattandosi d'una teoria in prevalenza economico-sociale i cui elementi vanno tratti da molte altre discipline al di fuori dalla giurisprudenza. Non è quindi ufficio nostro il discuterla, ma possiamo constatare che non ci potrebbe legittimamente venire opposta come teoria accertata e acquisita. In secondo luogo quella teoria non avrebbe mai, nè in fatto pretende d'avere, un valore universale; si riferisce cioè solo a determinati periodi storici e a determinati ambienti sociali. Tant'è vero che il militarismo, considerato poi sempre quale un sostegno del capitalismo, viene da quell'indirizzo descritto come un prodotto tutto peculiare della società odierna, sconosciuto ad altre epoche storiche e, nella stessa società odierna, si sente il bisogno di distinguere lo Stato militarmente forte dallo Stato propriamente militarista. La teoria cui si accenna, pertanto, non repugnerebbe che *in parte* a quanto fu da noi asserito. Ma in fine e sopra tutto c'è da osservare che, neppur nell'ipotesi più sfavorevole, ossia in quella parte e in quei casi in cui corrispondesse alla realtà, non ci forzerebbe a modificare le nostre conclusioni. Essa resterebbe infatti una

teoria *sociologica* della guerra, senza influenza sulla teoria giuridica. Valga il vero: il diritto, com'è ben noto, non è una *cosa*, è una *relazione* e noi abbiamo già assodato che la guerra è appunto una relazione violenta tra due Stati, che si ritengono egualmente competenti a decidere su un determinato obbietto. Giuridicamente è impossibile concepire la belligeranza in un rapporto che non sia questo: due soggetti di pari grado che contendono e un oggetto su cui verte la contesa. Quale poi sia il valore e il contenuto intrinseco dell'oggetto in questione, per noi è indifferente. Può darsi benissimo ch'esso non corrisponda all'interesse reale dell'uno o di entrambi i contendenti (tantochè si son visti certi Stati in piena decadenza pur dopo una guerra vittoriosa); per noi non è questo un elemento che entri nella questione, per noi non importa *la natura* dell'oggetto ma la sua - diciamo così - *posizione esterna*. E cotesta posizione è sempre la stessa ed impedisce di confondere l'oggetto della contesa col mezzo adoperato a risolverla.

D'altronde come può manifestarsi *politicamente* e *internazionalmente* un interesse di classe se non come un interesse di Stato? La casta, la classe, il gruppo non hanno per sè stessi personalità politica internazionale e non possono far prevalere un loro interesse se non quando riescano a esser padroni dell'organismo dello Stato. Or dunque, nell'ipotesi, se una classe o un'aristocrazia o un'oligarchia che dir si voglia, o persino un solo individuo giungano a provocare una guerra per un loro interesse particolare, ciò significa semplicemente che quell'uomo o quell'oligarchia o quella classe possono, in quel determinato momento, disporre della volontà dello Stato. Ciò vuol dire che, in quel determinato momento, altre voci ed altri interessi son troppo deboli o, comunque, non trovano modo d'imporsi.

Si capisce bene che nè Roma repubblicana, nè Roma imperiale non avrebber mai intrapresa una guerra per la liberazione degli schiavi, perchè sempre coloro che si succedettero al potere, qualunque partito o aspirazione politica rappresentassero, eran tutti senza eccezione interessati a conservare un tipo di assetto sociale troppo strettamente connesso con la produzione della ricchezza. Si capisce egualmente bene che la Chiesa Cattolica quando pur poteva armare il braccio secolare, non l' abbia mai armato in difesa della libertà religiosa, e nessuno concepirebbe un Cronwell che combatta per l' ingrandimento della monarchia francese, o un Napoleone che, anche fuori di Francia, prenda le armi per rafforzare un trono borbonico. Ed oggigiorno negli Stati parlamentari i frequenti, spesso improvvisi, cangiamenti di politica estera secondo l' avvicendarsi al potere dei varî partiti sono eloquente esempio della pieghevolezza dello Stato verso ideali politici non condivisi da tutti. Ma siccome di fronte all' estero lo Stato si presenta *unico*, cosi l' interesse ch' esso appoggia si presenta come interesse di *tutto* lo Stato contrastato da *tutto* un altro Stato.

8. — Potrebbe anche sembrare che parecchi esempi storici stessero contro all' altra nostra affermazione che cioè lo Stato, nell' impiegare la violenza bellica, intende compiere un atto legittimo. Altri ci potrebbe opporre le numerose sanguinosissime guerre suscitate unicamente dal capriccio d' un despota, dall' ambizione d' un generale, da meschini ripicchi di diplomazia: ci potrebbe ricordare quanto sovente la stessa odierna espansione coloniale tolleri vere e proprie conquiste del più forte sul più debole appena appena velate da qualche pretesto troppo trasparente.

Orbene, anche su questo punto qualche semplice dilucidazione toglie ogni equivoco. Intanto dovremmo ripetere quanto si disse testè, che cioè se talvolta il capriccio

o la forza d'un solo o di pochi impongono allo Stato una guerra contraria ai suoi veri interessi o anche — aggiungiamo ora — alla sua coscienza, ciò non toglie che tutto lo Stato non ne sia responsabile, unicamente per il fatto di non aver trovato in sè bastevole forza di resistenza.

Secondariamente dobbiamo ben guardarci dal giudicare tutti i moventi di guerra secondo i criteri cui siamo avvezzi oggidì. E allora ci persuaderemo che molti motivi di guerra che oggi ci sembrano futilissimi possono in altri periodi storici non esser stati ritenuti tali da ambe le parti, in piena buona fede. Se oggi può farci sorridere il vedere ufficialmente annoverato tra i motivi d'una dichiarazione di guerra della Gran Brettagna alla Francia, il rifiuto opposto da quest'ultima di far salutare per la prima la bandiera inglese sulle navi veleggianti nel mare del Nord, dobbiamo pensare che il concetto dell'onore, così formalmente inteso com'era ancora nel secolo decimosettimo, poteva benissimo esigere una cerimonia la cui mancanza si ritenesse compromettere seriamente la dignità e il decoro dello Stato.

Quando pertanto si dice che lo Stato, epperò chi lo rappresenta, intende esercitare con la guerra un'azione legittima, non si vuole alludere a una legittimità assoluta, a una legittimità che si confonda col concetto della giustizia; bensì a una legittimità che corrisponda alla persuasione nello Stato di poter imporre la propria volontà su quel determinato obbietto. Si richiede, in altri termini, nello Stato la coscienza della propria competenza a decidere su quell'oggetto senza pretendere che la decisione ch'esso invoca e per la quale prende le armi sia intrinsecamente la più giusta. Così, ad esempio, se ai confini della colonia eritrea alcune bande armate, sia pure con la connivenza del potere supremo abissino, entrassero nel nostro territorio allo scopo di far razzia, si avrebbe una violenza alla quale si dovrebbe

negare in modo assoluto il carattere di guerra. Ma se il negus penetrasse nel territorio affermando su quello la propria sovranità, allora l'*incursione* si muterebbe in *invasione* e non si potrebbe più escludere il carattere di una guerra, per quanto fossimo persuasi del poco fondamento delle pretese del negus. Un esempio recentissimo ce l'offre l'attuale guerra anglo-boera. La Gran Brettagna ha sempre contestato alle due repubbliche sudafricane il diritto di decidere sul regime degli *uitlanders*, ma non ha invece (salvo lieve incertezza in principio) contestato il carattere di guerra regolare all'invasione del Natal, appunto perchè, benchè ritenesse infondate le pretensioni del Transvaal e dell'Orange, vedeva però che le due repubbliche si ritenevano competenti a decidere su quelle contestazioni e a far prevalere la loro volontà anche con la forza.

9. — In fine possiamo notare un altro carattere che differenzia la guerra da ogni altra specie di violenza collettiva, e questo consiste in ciò che la guerra contiene sempre in sè stessa un limite alla sua violenza. Quanto terreno abbracci cotale limite non si può dire in regola universale, dipendendo da cause molto diverse nel tempo e nello spazio: il grado di civiltà dei soggetti contendenti, i loro precedenti rapporti convenzionali, le idee religiose e morali dominanti in quell'ambiente sociale al momento della lotta, l'organizzazione amministrativa e militare negli Stati, il grado di perfezione tecnica degli strumenti bellici e via via. Ma però si può dire che, da un minimo nelle società cosiddette primitive ad un massimo in quelle che toccano i punti più avanzati del progresro civile, c'è sempre nella guerra un certo complesso di *fatti inibitorii*, un'autocoercizione nell'impiego della forza, una spontanea restrizione nelle manifestazioni e negli effetti della violenza: per dirlo con una voce inglese molto espressiva, un *self-control* da parte dello Stato.

Perciò non potremmo assolutamente accettare il concetto espresso nella definizione del Klüber, e di molte altre consimili, che si abbia « guerra propriamente detta allorchè non è esclusa alcuna specie di violenza (1) », mentre invece è appunto l'esclusione di alcune forme di violenza ciò che contraddistingue la guerra da certi sconvolgimenti sociali non regolati dall'autorità dello Stato (rivoluzioni o invasioni di orde completamente selvagge) nei quali l'impiego della forza non trova più alcun limite nè freno.

10. — Neppur ci sentiremmo di accettare il concetto espresso, crediamo, per la prima volta dal contemporaneo e compatriota di Klüber, Teodoro Schmalz, e poi ripetuto non di rado in parecchi atti diplomatici della Corona britannica che la guerra cioè sia « uno stato di rappresaglie generali e continue ». Questo concetto andrebbe d'accordo con quanto aveva già detto in precedenza il Burlamachi parlando delle rappresaglie, e definendole appunto « una specie di guerra imperfetta, atti d'ostilità che i sovrani (ossia oggi diremmo gli Stati) esercitano gli uni contro gli

(1) Klüber; *Le droit des gens moderne de l' Europe,* ed. 1874. Cfr. il brano d'una concione di Gustavo Adolfo tradotto dal Davis in: *Outlines of international law with an account of its origin and sources and of its historical development,* New York 1887, pag. 198. Per contro il Fiore, che nella sua opera. *Il dir. internaz. codificato e la sua sanzione giuridica,* Torino 1898, ha sinteticamente ritratto lo stato obiettivo dell'odierno diritto delle genti, sotto tale aspetto scrive: « La guerra non è uno stato di fatto senza regole giuridiche, essa ha pure le sue leggi e il proprio diritto. Non si possono infatti conculcare durante la guerra i diritti fondamentali delle persone e massimamente quelli spettanti ai privati. Bisogna quindi ammettere che la guerra tra gli Stati civili dev'essere riguardata come uno stato di fatto secondo l'ordine giuridico, e che l'effetto suo immediato si è quello di dar vigore al diritto che si riferisce allo stato di guerra » (vol II, pag. 434).

altri impadronendosi delle persone o degli effetti dei membri d'uno Stato che abbia commesso qualche ingiustizia e che rifiuti di ripararla (1) ». Tra le rappresaglie e la guerra, in altri termini, non correrebbe propriamente una differenza *di natura,* ma piuttosto *di gradazione, d'intensità :* le rappresaglie sarebbero una guerra più limitata, e la guerra sarebbe un complesso di rappresaglie più estese e più gravi. La somiglianza è resa più appariscente dal fatto che l'una e l'altra sono forme di violenza, e che entrambe sono violenze esercitate e ad un un tempo frenate dallo Stato (2).

Tuttavia ci si affacciano alcune considerazioni che ci inducono a respingere questa parificazione.

In primo luogo la rappresaglia presuppone alcuni elementi i quali invece non sono *necessariamente* collegati con l'idea di guerra. Non si può infatti concepire la rappresaglia se non ci sia *in precedenza* un *torto* fatto da uno Stato ad un altro, se questo torto non abbia prodotto un *danno,* e se questo danno non sia *riparabile.* Può talora, è verissimo, la guerra aver perfetta identità esteriore d'una rappresaglia. Uno Stato, ad esempio, invade all'improvviso un tratto di territorio del vicino, e questi alla sua volta invade un tratto del suo. Ma sarà un caso particolarissimo che non può far regola generale.

---

(1) Burlamaqui; *Principes de droit politique,* ed. del 1780 Cap. III, § 31.

(2) La somiglianza tra la rappresaglia e la guerra è parsa ad alcuni scrittori. in ispecie americani, così forte che l'hanno considerato quella come uno stadio di transizione e, per così dire, come un ponte che conduce alla guerra. Cfr. Davis (op. cit. pag. 196): « They are acts of violence and may be regarded by the state toward which they are directed as amounting to a declaration of war »; Dudley Field (op. cit. pag. 473 n. 714): « A nation upon which a positive reprisal is made, may treat the same as a declaration of war against it ». L'osservazione di questi scrit-

Uno Stato non puo *mai* trovarsi nella condizione del *prior in tempore* in una rappresaglia, mentre può trovarsi in tale condizione nel caso di guerra. La rappresaglia è sempre una controspinta a qualche cosa di precedente, nella rappresaglia c' è sempre il concetto della contro-offesa, il quale invece può mancare completamente nella guerra (1).

Nella guerra non è necessario che uno dei due Stati abbia materialmente subito un torto. Può scoppiare una guerra (ed anzi non sarà oggi il caso più raro) senza che sussista un' offesa determinata e precisa, ma per la incompatibilità sullo stesso terreno di due forti interessi o di due correnti di sentimenti inconciliabili.

Si fa di solito una rappresaglia quando ci sia stato prima un danno materiale, mentre le guerre provocate da un danno inferto sono ai nostri giorni una vera eccezione. Anche nei casi più gravi, come quello che lo Stato avverso non paghi i proprî debiti o rifiuti di indennizzare i proprî cittadini ingiustamente spogliati, raramente si va al di là di una *dimostrazione navale,* o di un blocco pacifico, o di

---

tori può avere una certa importanza politica, ma non ne ha proprio nessuna dal punto di vista del diritto. Poichè in primo luogo non è vero che la rappresaglia equivalga ad una dichiarazione di guerra: essa potrà invece dall' altro Stato esser considerata come un motivo di guerra, come un *casus belli.* Ma allora essa è considerata tale non perchè rappresaglia, ma perchè azione nociva; e si confonde con tutti i possibili atti che uno Stato, usando della propria libertà d'apprezzamento politico, può ritenere provocazioni e motivi di guerra. Giuridicamente però resta sempre ben distinta la causa o il pretesto dalla guerra stessa.

(1) Qnesto concetto della contro-offesa è chiaramente posto in luce dal Liszt (op. cit. pag. 205) con la definizione: « Die Erwiderung einer Rechtsverletzung durch eine andere ». Quasi con le stesse parole s' esprime anche il Berner: *Repressalie und Retorsion* (nello Staatswörterbuch del Bluntschli vol. VIII, p. 597).

qualche atto consimile. Le nostre divergenze con la Colombia possono bene servire d'esempio.

Nella rappresaglia è sempre implicito il concetto della riparabilità del danno: altrimenti la rappresaglia non avrebbe più ragion d'essere, e si convertirebbe in una vendetta stupida e incivile. Si esercita la rappresaglia per rifarsi del danno sofferto. Nella guerra per contro questo concetto del rifacimento del danno non trova quasi mai luogo a manifestarsi, se non in via affatto subordinata e limitatamente ai danni materiali prodottisi durante il corso delle ostilità. Si sarebbe certo imbarazzati, ad esempio, a cercare il criterio del danno in una guerra di nazionalità, a meno che non si tentasse di ricorrere al criterio del *danno morale.* Ma se per un danno morale, quando giunga a tal grado da rivoltare la coscienza pubblica, è ammissibile la guerra, non è mai ammissibile la rappresaglia, appunto perchè il danno morale una volta inferto non è per natura riparabile, epperò la rappresaglia contro di esso acquisterebbe il carattere odioso di un'inutile vendetta.

Un'altra considerazione convince sempre più della non confondibilità dei due concetti di rappresaglia e di guerra.

Quando lo Stato esercita una rappresaglia, esercita già un vero e proprio atto esecutivo: lo Stato ha già fatto da sè stesso ed entro sè stesso il processo intorno alla questione litigiosa; ha già deciso *da solo* sulla controversia, e, con la rappresaglia, pone in essere un vero procedimento d'esecuzione per riparare il torto patito. Accade lo stesso con la guerra? I concetti che abbiamo già svolti ci permettono di rispondere negativamente. Abbiamo già veduto che la guerra si rende giuridicamente necessaria appunto perchè i due contendenti hanno la stessa competenza sull'oggetto litigioso, epperò la volontà dell'uno, per il rapporto di egua-

glianza formale e di indipendenza reciproca in cui essi si trovano, non potrebbe prevalere sulla volontà dell'altro. Allorchè dunque uno Stato si decide al dibattito violento delle armi, esso afferma il proprio diritto e lo sostiene energicamente, ma — in senso giuridico — non eseguisce nulla, per la semplice ragione che la decisione intorno al punto litigioso non è ancor stata pronunziata e non dipende più nè dalla sua sola volontà nè da quella dell'avversario.

Perciò per parte nostra contestiamo l'affermazione dei moltissimi autori che vedono nella guerra un *atto esecutivo* col quale uno Stato fa rispettare e reintegrare ciò che crede il proprio diritto (1). Mentre vediamo nettamente questo carattere nella rappresaglia, lo neghiamo alla guerra. La cosa apparirebbe ancor più chiara se si volesse fare un paragone col dibattito giudiziale nei rapporti privati. Si vedrebbe palesemente che i due Stati rappresentano le parti in causa e non già il magistrato nè, meno che mai, l'usciere!

Se altri ci chiedesse chi dunque rappresenta la parte di giudice, non sarebbe facile la risposta, nè, per cercarne una, basterebbe la sola scienza del diritto. Quale sia la forza terribile e misteriosa che decide in un conflitto armato nessuno potrebbe dire con piena sicurezza: il credente potrà vederci la mano della Provvidenza, altri vedrà semplicemente l'effetto del caso, o della fortuna delle armi, o del genio, o della scienza e via via. Ma qualunque sia questa forza e comunque venga interpretata, per noi basta constatare che la decisione del conflitto dipende da *qualche cosa* che sta al di fuori della volontà dello Stato, e con cui lo

(1) Fra i più recenti: HEILBORN (op. cit. confr. nota a p. 17).

Stato deve sempre contare per quanto abbia fede nella bontà del proprio diritto e nella potenza delle proprie armi. Finchè pertanto combatte, lo Stato perora la propria causa ma non decide nè eseguisce. Tornerà a riprendere la veste di un vero e proprio esecutore quando si tratterà di applicare le clausole del trattato di pace conchiuso, di buona o di mala voglia, con l'altro Stato. Allora si, potrà dirsi veramente che lo Stato dichiara la propria volontà (1), e quella eseguisce come sanzione d'una statuizione giuridica da lui stesso riconosciuta. Ma proprio allora sarà anche finito lo stato di guerra e si rientrerà nella condizione normale della vita internazionale.

11. — Per queste ragioni crediamo di dover accettare con qualche riserva il concetto espresso dall'inglese Phillimore, per il quale la guerra è « *l'esercizio del diritto internazionale d'azione*, cui, per la natura delle cose ed in assenza d'un tribunale superiore comune, gli Stati sono costretti di ricorrere per affermare e vendicare i loro diritti » (2).

Un concetto simile è stato espresso anche in Francia dall'Ortolan, il quale afferma che la guerra altro non è se non un *duello giudiziale*, aggiungendo che « l'eguaglianza di diritto, assicurata a ciascuno dei belligeranti dalle leggi

---

(1) Nel trattato infatti al *conflitto* si sostituisce il *concorso* delle due volontà. L'unica eccezione giuridica che si potrebbe opporre alla manifestazione di volontà dello Stato espressa nel trattato sarebbe il caso, ancor poco studiato, della *protesta*. Comunque però si voglia interpretare, quel caso, appunto perchè eccezionale, non può far regola.

(2) PHILLIMORE; *Commentaries upon international Law*, ed. 1854. vol. III, cap. IV, § 49.

della guerra, equivale, a loro riguardo, all' eguaglianza delle armi assicurata ai campioni nelle tenzoni singolari » (1).

L'equiparazione tra la guerra e il dibattito giudiziale è dunque presupposta da entrambi gli scrittori, con la differenza che, mentre l'autore inglese sembra riferirsi al concetto classico dell' azione nel diritto romano, il pubblicista francese allude invece alle forme medievali del giudizio di Dio.

In questa equiparazione tra la guerra e la procedura normale del diritto privato c' è, indubbiamente, qualche cosa di vero. È stata di recente definita sinteticamente la procedura ordinaria come *il diritto sul piede di guerra:* orbene, nessuna definizione s'adatterebbe meglio di questa al dibattito violento tra due Stati. Nell' uno e nell' altro campo c' è un diritto, o quanto meno una pretesa di diritto, che si trova contrastata, nell'un campo e nell'altro la pretesa ha bisogno di affermarsi energicamente e di rimuovere gli ostacoli che s'oppongono alla sua concreta attuazione.

Ma a lato di queste attinenze stanno poi divergenze altrettanto notevoli. Il ricorrere, come fa il Phillimore, all' antico concetto dell'azione ossia al *jus persequendi in judicio quod sibi debetur,* fa richiamare una serie di principî non applicabili alla guerra com'è modernamente intesa. Quando mai, maggior somiglianza all'azione giudiziale aveva la guerra come era intesa dal diritto romano, dove infatti la procedura con la quale si dichiarava solennemente la guerra presentava molti punti di contatto con quella appunto delle *legis actiones* (2). Sono ben note le formalità che il

---

(1) ORTOLAN; *Règles internationales et diplomatie de la mer.* Parigi, 1864, vol. II, pag. 4 e 9.

(2) Gli odierni romanisti anzi non si sono contentati di riscontrare in quella procedura l'analogia generale con il procedi-

diritto romano esigeva per poter attribuire alla violenza esterna il carattere di *justum piumque bellum;* alcune delle quali, la *clarigatio*, la *denuntiatio*, l' *indictio*, si riferivano ad una giustizia esterna e formale, altre ad un vero e proprio giudizio dichiarativo di diritto la cui formola tipica è data dalle parole di Livio: « *dari fieri solvi oportuit, quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt.* »

Tuttavia questo giudizio è, per dir così, *interno*, e conserva il suo valore soltanto di fronte alla coscienza giuridica romana, ossia di una sola delle parti contendenti. È, rispetto allo Stato in causa, un ripiegarsi su sè stesso, un fenomeno di riflessione per cui, prima di agire contro l'avversario, lo Stato si vuol persuadere di non far cosa empia nè avventata, di essere realmente dalla parte del buon diritto.

Ma, di fronte all'altro Stato, tale giudizio non ha più alcun valore: tant'è vero che l'altro Stato, contesta energicamente il fondamento della pretesa del primo e s'appresta a rintuzzarla con la forza. In seno all'altro Stato potrebbe aver luogo un simile giudizio egualmente competente verso sè stesso ed egualmente incompetente di fronte all'avversario. Si tratta insomma di un dibattito che si svolge tutto nel *foro interno* dei rispettivi Stati, mentre

---

mento delle *legis actiones*, ma alcuni come il Voigt (*XII Tafeln I*) seguito dal Baviera (*Il dir. int. dei rom.* in *Arch. Giurid.* 1898) hanno ritrovato in essa l'imagine diretta e completa della *legis actio per condicionem,* altri come il Danz *(Das sacr. Schutz im röm. Rechtsverkehr)* seguito dall'Huschke *(Das alte röm. Iahr)* e combattuto dal Fusinato (*Dei feziali e del diritto feziale)* ha riavvicinato tal procedura alla *legis actio per sacramentum.* Non è di nostra competenza e sarebbe anche, per noi, inutile il risolvere la questione particolare, ma era importante il notare questa somiglianza dalla quale il diritto odierno s'è a nostro avviso piuttosto scostato che avvicinato.

il dibattito vero e proprio, il giudizio definitivo tra le due coscienze, tra i due interessi inconciliabili, si svolge al di fuori; e il giudice supremo e inappellabile di quello, qualunque si voglia ammettere che sia, non è più un'autorità che trovi nello Stato la sua sede e tragga dallo Stato il suo potere.

Del resto, di una procedura simile a quella dei Feziali e del Senato nel diritto romano non sapremmo trovare esempio nel diritto pubblico odierno. Alla solenne *clarigatio* è sostituito un semplice *ultimatum* e non sempre comparisce neppur quello: di termini perentori che ricordino i trentatre giorni dalla *clarigatio*, di cui parla Livio, non si discorre nemmeno. Oggi si piomba senz'altro sul nemico quanto più presto lo permette la mobilitazione dell'esercito, e ognuno, quando mai, invidia quel sistema di mobilitazione che assicura la più pronta offesa senza pensare affatto di sollevarvi obiezioni d'ordine giuridico. La stessa *indictio belli*, la dichiarazione solenne, è assai contestata nel suo valore giuridico e nella sua opportunità; e benchè noi siamo tra quelli che la ritengono una formalità se non necessaria, almeno molto utile, dobbiamo riconoscere di fronte alla pratica statuale sempre vera la vecchia sentenza del Bynkershoek: « potest bellum incipere ab indictione, potest etiam a vi mutua » (1).

---

(1) Bastino a farne fede le opinioni di due scrittori recenti: Bowen (*International law,* New York 1896. pag. 88) « There is no special formality prescribed by international law for the declaration of war, and indeed without its being declared at all it may be begun and carried on »; Liszt (*Das Völkerrecht systematisch dargestellt,* Berlino 1898, pag. 211) « Der Kriegzustand als der Inbegriff der durch den Krieg erzeugten Rechtsverhältnisse beginnt entweder mit der förmlichen Kriegserklärung oder aber mit dem thatsächlichen Ausbruch der Feindseligkeiten auf beiden Seiten. »

Questo per ciò che concerne quelle formalità che con la efficace espressione dei vecchi giuristi si potrebbero chiamare *ordinatoria litis*. Quanto alle altre, alle *decisoria litis*, manca oggi del tutto nel seno stesso degli Stati un *organo giuridico* che ne abbia l'esercizio. A bella posta diciamo *organo giuridico*, perchè negli Stati moderni, in generale, la facoltà di dichiarare la guerra è affidata al capo dello Stato e quindi al potere esecutivo, il quale è il solo giudice ed arbitro; epperò prende su di sè solo la responsabilità così dell'intrinseca giustizia dell'azione bellica come della sua opportunità in quel determinato momento. È vero che in alcuni Stati più liberali è fatto luogo a un sindacato, più o meno diretto, dei corpi parlamentari; ma questo sindacato, quando pur sia serio davvero, avviene quasi sempre *dopo* che la guerra è stata già indetta e si rivolge quasi esclusivamente a stabilire la responsabilità del governo di fronte al paese. Anche in quei rari casi in cui una larga discussione parlamentare preceda la dichiarazione di guerra, l'indole stessa delle assemblee politiche impone che il dibattito prenda carattere prevalentemente politico, che vi si discuta non tanto se la guerra sia rigorosamente diretta ad un *jus adipisci* quanto se l'occasione sia propizia, se lo Stato vi sia ben preparato, se l'interesse in causa valga il rischio che si corre.

Di un giudizio propriamente e rigidamente giuridico non è a parlare; ed è troppo ovvio, del resto, che un tal giudizio oggidì non esista e non possa esistere. Ciò è un portato necessario non solo dell'eguaglianza formale in cui si trovano gli Stati, ma dell'equilibrio della loro civiltà, tenendoci almeno ristretti alla cerchia degli Stati di coltura. Non soltanto c'è nelle due parti — come già s'avvertì — l'eguale competenza a decidere sull'oggetto litigioso, ma c'è altresì in esse la coscienza di una limitazione nel loro

3

apprezzamento. Nessuno può credersi tanto superiore agli altri da interpretare a modo suo una legge d'ordine generale, pretendendo che gli altri sieno in errore o in malafede se non vi danno la medesima interpretazione. Roma poteva a buon diritto nutrire questa pretesa per l'altissimo concetto che aveva di sè e della propria missione nel mondo, giustificato dalla condizione di reale superiorità civile in cui si trovava di fronte alle altre genti, superiorità che per vigoria e genialità di concezioni giuridiche si affermava anche rimpetto alla stessa Grecia. Ma la baldanzosa fede di Roma antica non la vediamo ripetersi più. Gli Stati odierni, oltrechè non avere la potestà materiale, sentono di non aver la forza morale di creare *da soli* un sistema universale e completo di norme adatto per l'umanità, e di giudicare in base a quello le azioni di altre collettività politiche che non la cedon loro per nulla in coltura ed in civiltà. Ecco perchè neppure un giudizio interno sulla legittimità della guerra simile a quello dell'antico diritto romano non sarebbe possibile nel mondo contemporaneo.

12. — Maggior simiglianza sembrerebbe, a prima vista, ritrovarsi tra la guerra e il duello giudiziale dei tempi di mezzo cui accenna l'Ortolan. Anche su questo terreno però un esame meno superficiale fa scorgere differenze non indifferenti.

È troppo noto che il *giudizio di Dio* ha potuto svolgersi soltanto in una società profondamente religiosa. Sta infatti per esso, quale presupposto necessario, la credenza dell'intervento diretto della divinità in favore di chi è dalla parte della ragione. Se fosse rimasto oggi universale il concetto che della guerra si faceva Bacone chiamandola « suprema prova del diritto ove i principi e gli Stati, che non riconoscono superiori sulla terra, si rimettono alla giustizia di Dio, affinchè le loro contestazioni siano troncate

dalla decisione che all'Onnipotente piacerà rendere in favore d'una parte o dell'altra » allora, diciamo, il parallelismo tra il combattimento giudiziale e la guerra potrebbe andare.

Va da sè che noi non intendiamo neanche sfiorare una discussione teologica, la quale ci addentrerebbe in un campo del tutto estraneo alla nostra competenza, ma possiamo però obiettivamente constatare che quel presupposto, che avvicinerebbe la guerra ad un giudizio di Dio, nella nostra società contemporanea più non sussiste. Fra i tanti elementi che hanno contribuito a toglierlo via, ci limitiamo a notarne uno affatto estrinseco e formale: quello dovuto al fatto che l'odierna società internazionale è composta di Stati che non seguono la medesima confessione religiosa. Finchè le aggregazioni del mondo civile concepivano allo stesso modo la divinità e i suoi rapporti con gli uomini, si poteva capire che si rimettessero ad essa per il giudizio finale delle loro contese. Ma dacchè fu rotta l'unità religiosa cattolica quel riferimento non fu più possibile. Oggi anche la Turchia fa legalmente parte del sistema politico degli Stati europei, ma, se nella guerra turco-russa del '77 la fortuna delle armi avesse arriso alla Mezzaluna, nessun russo sarebbe stato disposto a riconoscere in quella vittoria un'indicazione della Provvidenza in favore dei seguaci di Maometto. E il più bell'esempio lo abbiamo noi in Italia nell'interpretazione data dal partito clericale ai fatti compiuti nel '70, nei quali esso si rifiutò sempre ostinatamente di vedere un decreto di Dio sanzionante la buona causa dell'unità italiana, mentre gli piacque ravvisarvi una semplice *tolleranza* della Provvidenza per i suoi imperscrutabili disegni.

Se anche poi si volesse limitarsi a un parallelo strettamente procedurale tra l'antico giudizio di Dio e la guerra, si vedrebbe che i termini non si corrispondono con esattezza. Nell'antico *giudizio di Dio*, appunto per lasciar adito al

giudizio di Dio di manifestarsi, eran richieste alcune forme e guarentigie che mancano affatto nella guerra, primissime tra le quali l'equilibrio delle forze avversarie e l'eguaglianza nelle condizioni del combattimento. Il dire che a quelle guarentigie equivalga l'eguaglianza di diritto assicurata a ciascuno dei belligeranti dalle leggi della guerra, è dir cosa assolutamente non conforme alla realtà, in quanto il diritto odierno assicura semplicemente l'eguaglianza di trattamento alle *persone* belligeranti, non alle *parti* in lotta. L'odierna eguaglianza nella guerra porta puramente di conseguenza che i combattenti, e anche i pacifici cittadini, godono di certe garanzie rispettate da una parte e dall'altra, ma non induce niente affatto in uno Stato, che abbia, ad esempio, un numero di combattenti dieci volte superiore all'avversario, l'obbligo di limitare questo numero per conservare almeno un certo equilibrio nella lotta. Non induce affatto in uno Stato che si sia procurati mezzi di distruzione più potenti, fucili e cannoni di maggior portata, navi più rapide e meglio armate, non induce l'obbligo di rinunziare a cotesti mezzi perchè d'altrettali non è fornito il nemico. Anche sotto questo aspetto pertanto il parallelismo fra la guerra e il duello giudiziale vien meno.

13. — C'è infine una considerazione che ci sembra decisiva e che stacca completamente la guerra da ogni dibattito giudiziale, qualunque forma esso possa assumere. L'importanza della distinzione sta anzi massime in ciò, che permette di raffrontare alla guerra il dibattito giudiziale nella sua struttura fondamentale e generalissima, indipendentemente da qualsiasi sua forma storica particolare.

Nel dibattito giudiziale le parti portano innanzi alcune domande ben precise e determinate intorno alle quali si svolge tutto il giudizio. La controversia viene, per così dire, inquadrata in un campo molto ben determinato donde non

è possibile uscire. È canone veramente indiscusso e universale che il giudice, o l'arbitro, non può sentenziare *extra et ultra petita.* Le parti sanno che solo quelle pretese da esse portate innanzi verranno discusse e non altre, solo quei diritti reciprocamente contestati sono in gioco e non più.

Nella guerra invece la cosa è ben diversa e più grave. Nella guerra la precisa determinazione del diritto controverso è quasi sempre impossibile, nella guerra non avviene quasi mai che il motivo, vero o apparente, che vi ha dato origine, sia anche quello che forma la base delle trattative di pace. Quelle trattative partono quasi sempre non dal punto controverso che ha provocata la lotta, ma dalla rispettiva situazione militare. Lo svolgersi delle operazioni belliche ha in certo modo fatte dimenticare le primitive pretese, e i contendenti avanzano o accettano le proposte d'accomodamento non già su quelle ma sulla base dello stato di fatto cui hanno condotto le vicende militari. Lo Stato pertanto, a differenza del privato nell'azione giudiziale, rischia ben più della rinunzia alle proprie pretensioni, della perdita del diritto contestato: per il solo fatto d'aver iniziata o subita l'azione bellica rischia senz'altro la propria indipendenza internazionale, la propria integrità territoriale, fors'anche la propria vita politica (1). Poteva esser di mi-

---

(1) Questa caratteristica della guerra è stata ora perfettamente intesa dall'ULLMANN (*Völkerrecht* Friburgo 1898) il quale anzi la fa entrare come elemento nella definizione stessa della guerra: « Unter Krieg versteht man die Unternehmung militärischer Gewaltthätigkeiten von zwei oder mehreren Staaten gegen einander *mit Gefahr für die völkerrechtliche Selbständigkeit oder doch die Integrität des Staates im Falle des Unterliegens* ». Mentre non approviamo di introdurre questo particolare come elemento della definizione, perchè non è necessario che il pericolo messo in luce dall'ULLMANN sussista *sempre*, è però sufficiente che *possa* sussistere per giustificare le nostre affermazioni.

nima importanza il punto controverso o il diritto offeso, e possono esser massime le conseguenze politiche che uno Stato deve subire unicamente per aver scelto questo particolare mezzo di farsi giustizia; nel quale non si ritrova alcuna garanzia di proporzione tra ciò che si chiede e ciò che si rischia. La lotta armata, solo perchè tale, compromette non pure il diritto originario che ha accesa la disputa, ma la stessa personalità delle parti contendenti.

Differenze tutte, come ognun vede, abbastanza profonde le quali ci rendono persuasi d'esser più che giustificati se neghiamo la pretesa analogia della guerra sia con un dibattimento sia con una esecuzione giudiziale (1).

14. — Ed eccoci al punto di chiarire un altro dubbio e un'apparente contradizione che potrebbe sorgere da quanto abbiamo sinora esposto. Fino ad ora abbiamo sempre detto che la guerra è un rapporto violento tra due Stati, o quanto meno, tra due collettività, che abbiano personalità internazionale, che possano esercitare diritti sovrani. Abbiamo anzi espressamente notato in ciò una caratteristica della violenza bellica internazionale.

Il fatto che ci potrebbe venire opposto, e che parrebbe smentire recisamente la nostre osservazioni, salta subito agli occhi: la possibile esistenza cioè di tutto quel complesso di fatti che accompagna lo svolgersi di una lotta armata

---

(1) Benchè non analizzata con bastevole larghezza, tuttavia la differenza tra la guerra e il dibattito giudiziale è colta bene DAHN che la spiega così:.... « weil es über den einzelnen Staten nicht Richter und Gerichtshöfe gibt, welche sie wie private zur Entscheidung eines Rechtsstreits und zur Vollstreckung eines Urtheils anrufen könnten: es tritt also hier das Recht der Nothwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff ein, wie es jeder gegen den Räuber oder Mörder, der ihn überfällt, üben darf (in *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Studien,* Berlino 1884, I; *Das Kriegsrecht* pag. 1) ».

senza che le avverse parti abbiano entrambe una personalità politica riconosciuta. E quando si dice atti che accompagnano lo svolgersi della lotta armata, non s' intende alludere soltanto agli atti materiali di offesa e di distruzione, si bene altresì a quegli atti inibitorii, a quelle auto-limitazioni nella potenza distruttiva, che mostrano nelle parti la ferma volontà d'osservare le norme e i costumi della guerra regolare. Possono insomma le parti, senza possedere entrambe personalità politica, condursi correttissimamente ai riguardi del diritto di guerra, e, in questi casi, sia il più superficiale sentimento di giustizia, sia la stessa opinione prevalente nella dottrina ne avvertono che sarebbe iniquo negare ai contendenti la qualifica di legittimi belligeranti (1). Convien dunque vedere se si può conciliare l' apparente an-

---

(1) Notisi però che mentre alcuni scrittori, come il Dudley Field, appaiano nel concetto stesso della guerra lo Stato ad altre comunità differenti da esso (war is a relation of nation to nation or of community to community..... op. cit. n. 705), alcuni altri tengono ferma la regola che la guerra sia *soltanto* un rapporto da Stato a Stato e concedono unicamente come indulgente tolleranza della pratica il riconoscimento di altri soggetti belligeranti differenti dallo Stato. Cfr. Pillet (*Les lois actuelles de la guerre*, Parigi 1898, pag. 25): « Les principies ont reçu de la pratique un tempérament sur ce point, et on admet que des insurgés peuvent être reconnus en qualité de béllígerants au cours de la lutte.... ». Wiesse (*Le droit int. appliqué aux guerres civiles*, ed. franc. Losanna 1898 pag. 9) « Le droit d' entreprendre une guerre n' appartient qu' aux seuls Etats qui sont rcconnus par les autres Etats comme indépendants et qui jouissent, par conséquent, de toutes les attributions qui dérivent de la souveraineté..... En pratique cepedant le droit international admet que, dans certaines circonstances, des groupes de ressortissants d' un Etat qui ont pris les armes pour se soustraire a l'obéissance due á leur souverain, peuvent être admis á jouir des privilèges réservés en général aux Etats souverains ». Di scrittori recenti che insistano a negare la qualificazione di belligeranti a gruppi che non siano

titesi, ammettendo che possa sussistere un soggetto di diritto di guerra senza essere uno Stato. Ma prima dobbiamo escludere un concetto il quale, a nostro avviso, non si basa che sopra un equivoco: quello di considerare quale soggetto di diritto di guerra, parallelo allo Stato, un esercito od un'armata. In tale equivoco è caduto un documento ufficiale che non cessa d'essere altamente commendevole nel suo complesso: il disegno di codificazione delle leggi della guerra proposto dal governo russo nel 1874 per il quale sembra appunto che la forza armata e organizzata di uno Stato abbia a considerarsi un soggetto belligerante al pari dello Stato stesso (1). Non occorre spender troppe parole per mostrare l'erroneità di cotesto concetto. L'esercito e l'armata non sono che gli esecutori della volontà dello Stato, sono il braccio dello Stato, la spada dello Stato (2) ma non lo Stato stesso. Essi agiscono, per così dire, in sott'ordine, in subordinazione dello Stato, e non parallelamente ad esso. Essi rappresentano sui campi di battaglia lo Stato il quale esplica per mezzo loro la forza; ma, appunto perchè lo rappresentano, non possono portare innanzi una loro volontà

Stati, p. es. ad insorti, conosciamo soltanto il Löbell (*Das Völkerrecht im Kriege*, Berlino 1888 pag. 54) il quale scrive: « Vom Standpunkte des strengen Rechts muss man jede unberechtigte Erhebung dem Räuberwesen gleichstellen und negiren, dass in den Insurgenten eines Bürgerkrieges eine Kriegführende Partei gegeben sei ».

(1) Quivi infatti la guerra internazionale è definita: « un état de lutte ouverte entre deux États indépendants, agissant isolément ou avec des alliés, *et entre leurs forces armées et organisées* ». V. Annuaire de l'Inst. de dr. int. 1887 pag. 277.

(2) Cfr. Löbell (op. cit. pag. 73): « Dic Armeé ist das scharfe Schwert in der Hand des Königs » dove si può solo osservare come, dal punto di vista internazionale, il capo dello Stato si compenetra nello Stato stesso.

autonoma indipendente da quella dello Stato. E la più bella prova di ciò ne vien data dalle cosiddette *convenzioni militari*, nelle quali i capi dell' esercito possono bensì patteggiare di qualunque operazione o atto militare, ma non già dell' assetto politico e del definitivo destino del paese (1). Lo Stato adunque, al momento della guerra, non aliena nessuna parte della propria sovranità in favore dell' esercito, il quale pertanto, se può esser considerato come una personalità distinta agli effetti del particolare regime giuridico che gli viene applicato, non può avere personalità propria agli effetti di quelle finalità politiche di cui la guerra è un mezzo di raggiungimento.

Ma, escluso l' esercito, restan sempre altri gruppi sociali i quali, pur non essendo organizzati a Stato, imprendono una lotta armata in nome proprio e per un interesse loro proprio. Tali sarebbero gli insorti in una guerra civile, i separatisti in una guerra di secessione, una colonia o un gruppo di colonie che rifiutino l' obbedienza alla madre-patria, un' accolta di popolazioni divise sotto sovranità politiche differenti, che, sentendo fortemente la coscienza nazionale, vogliano formare uno Stato solo. A qual punto, sotto quali condizioni, questi che da principio sono semplicemente dei *ribelli* contro un determinato ordine giuridico interno, assumano veste e titolo di individualità staccata, estranea a quella in cui erano prima compenetrati, in qual momento dal diritto interno passino sotto la sfera d' azione del diritto internazionale è questione sempre controversa nè sarebbe qui il luogo di risolverla. Ma è invece per noi necessario spiegare il significato del loro riconoscimento *come belligeranti*, ossia in qual modo, senza possedere an-

---

(1) Cfr. il nostro *Regolamento di servizio il guerra*, 6 marzo 1892 art. 139-142.

cora personalità politica, possano ad una personalità politica contrapporsi e formàre di fronte a quella il secondo termine del rapporto di guerra.

A torto, secondo noi, si fa di solito consistere questo significato nel privilegio di usufruire delle consuetudini e dei vantaggi del diritto di guerra. A parte che noi non riteniamo lecito che uno Stato civile tratti neppur dei ribelli con i modi disumani e subdoli che sarebbero riprovati in una guerra esterna, il farli partecipi del regime garantito dal diritto di guerra sarà, quando mai, una conseguenza pratica ma non già la ragion d'essere di quel riconoscimento. La quale, a nostro avviso, riposa su due presupposti fondamentali: l'uno è l'omaggio a una *manifestazione di volontà,* l'altro l'ammissione della *legittimità generica e astratta* della pretesa per la quale il gruppo combatte. Quando uno Stato si decide a concedere la qualifica e i diritti di belligerante a una massa d'uomini, esso viene a constatare ufficialmente non il fondamento delle loro domande, ma il fatto che esistono delle domande, le quali, se trionfassero, darebbero a questa massa la personalità politica che tuttora le manca. Viene riconosciuto, in altri termini, che c'è una massa di gente che *vuole* formare uno Stato, lasciando impregiudicata la questione se *possa* giuridicamente e materialmente formarlo. Si anticipa in certo modo la soluzione del dibattito tenendo conto non di ciò che è, ma di ciò che chiede il gruppo combattente. Questo fatto, del resto, di presupporre accolta la domanda di chi inizia l'azione, non è estraneo neppure al diritto privato ove ai proceduristi son ben noti i casi in cui si ammette fittiziamente l'ipotesi che la pretesa dell'attore sia riconosciuta fondata (1).

(1) Facciamo notare che la nostra spiegazione parte dall'ipotesi a noi più sfavorevole che questi gruppi combattenti non

Il secondo presupposto si disse consistere nel riconoscimento generico ed astratto dei reclami sostenuti dai combattenti. Vale a dire lo Stato contro il quale è rivolta la violenza armata può sostenere una *falsa applicazione* del principio in nome del quale si sono impugnate le armi e quindi può negare *in concreto* il valore delle pretensioni oppostegli, ma non può considerare quel principio come contrario al diritto delle genti ed incompatibile con la vita sociale internazionale. Un esempio servirà meglio di un lungo ragionamento. Un' accolta di truppe europee ha iniziato proprio in questi giorni un intervento armato in Cina per ottenere serie guarentigie che le note deplorevoli gesta dei *boxers* non abbiano a rinnovarsi. In questo senso è già stata chiesta la punizione dei principali colpevoli. Orbene, se cotesta setta di boxers sostenesse apertamente di voler buttare a mare tutti gli stranieri ammazzando anche gli ambasciatori esteri e operasse in questa guisa, nessuno Stato europeo riconoscerebbe in quei ribelli il carattere di belligeranti, ma li tratterebbe puramente e semplicemente come delinquenti comuni al di fuori della protezione del diritto di guerra. Ma se invece essi medesimi ammettessero il dovere di una riparazione, e dichiarassero di restare in armi soltanto per la difesa della patria, si potrà in concreto non

---

posseggano personalità internazionale. E noi diciamo che, malgrado ciò, possono costituire un termine del rapporto di guerra in omaggio alla volontà da essi spiegata e constatata. La spiegazione sarebbe ancor più semplice per quelli che ammettono in questi gruppi un' individualità *jure suo*. Es. Fiore: *L' organisation juridique de la societé internationale,* Bruxelles, 1899: « Dans la *Magna Civitas* se trouvent aussi des collectivités qui ont leur propre individualité. L' une d' elles est formée par l'agglomeration des individus qui constitue le peuple. Cette collectivité peut avoir un but tout á fait différent du celui de l' État constitué; elle peut exercer sa libertè et son activité pour devenir un Etat..... » (pag. 29).

prestar fede alla loro sincerità, e quindi si potrà proseguire contro di essi la lotta, ma non si potranno più considerare quali banditi, perchè non si può contestare in astratto che la difesa della patria sia non solo lecita, ma anzi doverosa per il cittadino.

Così non oserebbe pretendere i diritti di belligerante una massa d'uomini che si fosse raccolta per esercitare la pirateria e il brigantaggio; ma li potrebbe pretendere quando si fosse unita per formare uno Stato a sè, indipendente da quello cui tuttora appartiene. Poichè, sebbene quest'ultimo non ammetta in concreto la legittimità o l'opportunità politica dell'azione di quella massa (allegando, per esempio, che le manca la coscienza nazionale o che non è abbastanza preparata a reggersi da sè), non può asserirsi che nel fatto della separazione astrattamente considerato stia un'infrazione alle norme più generali di diritto delle genti.

Concludendo dunque, se i due contendenti sono, già al momento della lotta, entità indipendenti, *estraniate* l'una dall'altra (1), possedenti entrambe una personalità internazionale, se sono insomma due Stati, il rapporto di guerra è puramente formale in quanto intercede tra due soggetti del pari forniti di corrispettiva capacità giuridica, i quali, per essere atti ad avere, insieme col sentimento del particolare interesse, quello della sua compartecipazione all'interesse della società universa, si presumono operare con piena coscienza di compiere un'azione legittima. Se invece, dei due contendenti uno solo è uno Stato e l'altro no, questa

(1) Crediamo di poter usar qui opportunamente questo neologismo introdotto per la prima volta, a quanto ci consta, dal PETRONE: *I caratteri differenziali del diritto* (in: Riv. it. per le Scienze Giur. vol. XXV. pag 357).

presunzione vale unicamente per il primo. Può tuttavia anche il secondo costituire di fronte all' altro il termine contrapposto del rapporto di guerra, ma allora, per quanto sommario ed astratto, è già stato anticipato un giudizio *in merito* alla domanda, è già stato presupposto che possa venir accolta.

15. — Le indagini proseguite sin qui, nelle quali vogliamo sperare d'esser stati tanto cauti nel conchiudere quanto rigorosi nel raccogliere le prove, ci pongono ora in grado d'affrontare la ponderosa questione: la guerra è un rapporto di diritto? A prima vista può sembrare parodossale il solo formulare una simile questione, tanto siamo abituati a considerare la forza in genere e la guerra in ispecie, che delle forze distruttive poste nelle mani dell'uomo è la manifestazione più grandiosa e terribile, in contrapposizione assoluta e irreducibile col diritto. Noi stessi abbiamo iniziata la nostra analisi col constatare nella guerra uno stato di violenza in opposizione con lo stato normale di pace. Ma abbiamo anche soggiunto che sono in grave errore tutti quegli scrittori i quali nel solo fatto della violenza credono di trovare la caratteristica della guerra. È anzi questo punto che vogliamo ora esaminare un po' più da vicino.

La maggior parte di coloro che parlano della guerra corrono subito col pensiero a una campagna militare, vale a dire a uno spettacolo sanguinoso di battaglie, di devastazioni e di stragi, a uno scontro di soldati, a un conflitto di macchine micidiali. È infatti quasi inevitabile che l'idea di guerra tragga la mente al quadro impressionante delle atrocità, che si commettono durante la lotta. Il giurista però non dovrebbe mai dimenticare che quelle atrocità, quelle violenze, sono concomitanti alla guerra, sono il contenuto materiale della guerra, ma non sono la guerra stessa. Non sarà probabile che avvenga nella pratica, ma, concettualmente,

si potrebbe benissimo concepire un esercito avanzantesi *senza colpo ferire* e un altro che si ritira dinanzi ad esso. Il rapporto di guerra tra i due Stati non muterebbe per essersi svolte le operazioni militari senza un morto, senza un incendio. Di solito, del resto, quelli che insistono sulle violenze che accompagnano una guerra, lo fanno col preconcetto di far trionfare una tesi; di mostrare cioè nella guerra il trionfo puro e semplice della forza brutale, e, sullo stesso terreno, trovano chi risponde non esser vero che la guerra sia solo forza fisica, materiale, brutale, dipendendo invece il suo esito da elementi svariatissimi quali il coraggio e la disciplina degli uomini, la bontà delle armi e degli ordini, la valentia dei condottieri, molto più insomma dalla intelligenza e dalla virtù che dalla pura forza materiale.

Abbiano però ragione gli uni o gli altri, ciò non interessa per ora la nostra questione, non trattandosi qui di sapere se la guerra sia un bene o un male, se sia socialmente utile o dannosa, se la forza che vi s' impiega sia forza bruta o forza intelligente, se vinca il più fortunato o il più degno, e via via. Per noi si tratta di decidere se il rapporto di guerra *in sè stesso* (prescindendo cioè da quei particolari atti di violenza militare cui abbiamo accennato) sia un rapporto di forza o un rapporto di diritto.

Trattandosi d' un rapporto tra due Stati (ossia tra due enti che sono soggetti e *fonti* di diritto) non possiamo più accettare la parola forza nel senso comunemente ricevuto di sopraffazione arbitraria, di *vis privata*, di qualche cosa che si contrapponga assolutamente all' ordine esistente, al diritto, alla legge.

Non si può presumere, nè constatare obiettivamente a priori, che uno Stato impieghi la forza contro il diritto, e meno che mai contro un diritto che non trova garante nè interprete

al di fuori e al di sopra dello Stato stesso. La forza dello Stato pertanto non è che un' attività dello Stato che agisce su altre attività e riesce a vincerle in intensità. Ora, quando si trovano in contrasto le volontà di due Stati sullo stesso obbietto, il rapporto di forza non può sorgere mentre le due volontà contrastano, ma soltanto quando l' una di esse cede di fronte all' altra. E ciò non avviene mai durante le ostilità, poichè il fatto stesso della continuazione delle ostilità dimostra che nessuno dei due Stati è disposto a piegare la propria volontà a quella dell' altro. Può anche questo sembrare un paradosso, ma in realtà il rapporto di guerra non solo non si confonde col rapporto di forza, ma anzi espressamente lo esclude: il rapporto di forza può precedere o seguire quello di guerra; non mai essergli concomitante. Qualche esempio chiarirà meglio la cosa.

Se uno Stato che vuole ottenere alcunchè da un altro gli minaccia un intervento armato, o semplicemente una rappresaglia, o anche più semplicemente ancora la modificazione d'una tariffa doganale, e lo Stato contro cui la minaccia è diretta si persuade a cedere, per evitare un guaio maggiore, e a concedere quanto l' altro desidera, ecco sorgere un rapporto di forza *senza che sia intervenuto un conflitto armato*. Ma se lo Stato su cui pende una minaccia, per quanto grave, vi si ribella e la contrasta e oppone la propria energia all' energia dell' altro, allora l' equilibrio formale più completo pone i due enti in una condizione di reciproca parità e libertà. Tant' è vero che assai spesso, mentre i due eserciti si battono, le rispettive diplomazie avanzano proposte, le modificano, le restringono, le riprendono, e non è raro il caso di vedere uno Stato che ottiene ciò che desidera anche dopo una campagna sfortunata. È il caso dell' Italia in seguito agli avvenimenti del 66. Finchè insomma si svolge la contesa militare i due Stati si

trovano in un regime assai simile a quello del contrattualismo nel diritto privato; e l'azione militare non è che un mezzo per indurre l'altra parte a stringere o sciogliere un vincolo giuridico (precisamente come sarebbe uno sciopero in un dibattito tra salariati e padroni) senza che tal mezzo però debba necessariamente riuscire nè si possa confondere con l'obiettivo cui tende.

È un grave errore, nel quale la mente di un giurista non dovrebbe cadere, quello che si fà comunemente, quando si confonde la violenza che viene esercitata da persone a persone sui campi di battaglia, con la violenza che si intende esercitare da uno Stato su un altro Stato. È questo appunto un carattere notevolissimo per cui la guerra odierna può essere differenziata dalle mischie primitive, e che a un tempo ribadisce sempre più il concetto da noi già largamente svolto; vale a dire che non si può considerare la guerra senza connetterla con altri elementi, e soprattutto con l'idea di Stato. Quando i sociologi ci parlano delle lotte tra le orde primitive e fra tribù selvagge, impropriamente applicano a quelle lotte il nome e il concetto di guerra appunto perchè nell'assenza di ogni idea di Stato, il rapporto violento era unicamente tra persone e persone. Allora si trattava veramente di una *vis privata* al di fuori della cerchia del diritto. Erano gruppi d'uomini che si slanciavano l'un contro l'altro per conseguire un fine derivante *immediatamente* dalla lotta: l'antropofagia sul vinto, la schiavitù e lo spoglio del vinto, l'eliminazione di esso dalla concorrenza per la vita. La violenza e gli effetti della violenza si compenetravano, il rapporto tra i duellatori era un vero rapporto di forza.

Ma col sorgere e con l'affermarsi dello Stato, il rapporto cambia di natura: ed è qui che sta tutto il valore della differenziazione tra la guerra e la violenza primitiva. Men-

tre nella violenza primitiva le persone combattenti sono i soggetti immediati, sono i termini del rapporto, qui invece gli eserciti combattenti sono soltanto i mezzi, gli strumenti di cui si valgono gli Stati per provocare certe condizioni di fatto che inducano l'avversario a desistere dalle accampate pretese o ad aderire alle proprie. Ma lo Stato è *sempre* libero di non inchinarsi alla volontà dell'avversario per quanto gli siano riusciti contrari gli eventi militari. Roma, dopo tre sconfitte, non s'è inchinata ai voleri di Pirro, Roma, dopo tre sconfitte ancor più gravi, non s'è inchinata ai voleri di Annibale. Se c'è un caso in cui si debba applicare in tutta la sua rigidità il principio di diritto romano (abbandonato nei rapporti privati per un compatibile senso di equità ma con detrimento della logica giuridica) che la volontà non può subir violenza o, a dir meglio, può sempre resistere alla violenza, è proprio questo. Di solito si fa dagli autori un'applicazione di questo principio unicamente all'ipotesi della invalidità di un trattato conchiuso dopo una guerra, ma per noi invece il principio è molto più generale e investe tutto il rapporto di guerra. Non si possono attribuire a uno Stato le debolezze della psiche individuale, nè, d'altronde, nessuno garantisce allo Stato la propria personalità politica come lo Stato garantisce ai singoli la personalità individuale. Il fatto della guerra non porta dunque per necessaria conseguenza quel *metus* che nei rapporti individuali può viziare una manifestazione di volontà facendola considerare come *coacta* dalla violenza. La guerra, per sè sola, lascia i due contendenti nella condizione della più perfetta eguaglianza, della più completa libertà. La situazione militare può essere un motivo perchè l'un d'essi s'induca ad accettare certe condizioni cui altrimenti non avrebbe aderito: così uno Stato può cedere una provincia per evitare una totale invasione, precisamente

come un commerciante, per evitare il fallimento, può cedere uno stabile a un prezzo derisorio, senza che ciò autorizzi a negare la perfetta giuridicità del rapporto contrattuale. Il diritto non è obbligato a garantire l'eguaglianza intrinseca delle due parti: per il diritto basta che sia assicurata la eguaglianza e la parità formale; e ciò appunto si verifica nel rapporto di belligeranza.

16. — Ci resta ancora da combattere un' ultima asserzione, dopo di che crediamo d'aver abbozzato con sufficiente chiarezza le linee fondamentali dell' oggetto intorno al quale s'aggirava la nostra indagine. Altri ha considerata la guerra quale sanzione del diritto delle genti (1), nel senso che ad essa,

(1) Sarebbe inutile fare una lunga enumerazione di tutti gli scrittori che partecipano a cotesta idea. Sono, in generale, gli *ultra positivisti* per i quali, o il diritto si compenetra senz' altro con la forza, tanto che essi dicono che *il diritto è del più forte,* ma alcuni avvertono poi che ciò val quanto dire che *il diritto è del più meritevole*, oppure la forza sostituisce quella sanzione giuridica che manca nei rapporti tra gli Stati. In questo secondo caso mancherebbe anche la giustificazione del fatto constatato; ma è ben noto che è appunto una caratteristica di questa scuola il non prendersi la briga di cercare una giustificazione intrinseca dei fatti studiati, neppur quando questi concernono regole di condotta umana.

Inspirate sempre all'idea di sanzione, ma più corrette, sono invece queste osservazioni di Girolamo Avio *(Saggio d' una teoria giuridica dei rapporti internazionali,* Genova 1865 pag. 177) « Il diritto di guerra si presenta teoricamente sotto un duplice aspetto. Nel suo principio esso ci appare come un modo particolare del diritto d' indipendenza, il quale conferisce allo Stato la piena disponibilità dei suoi mezzi, non limitata che dall' interesse della propria azione. Considerato invece nella sua attuazione, il diritto di guerra assume particolarmente la qualità di una sanzione giuridica contro ogni usurpazione estranea nel patrimonio dello Stato ». Cfr. anche circa la guerra nei suoi rapporti generali col diritto delle genti le osservazioni del Laghi. *Le basi scientifiche del dir. internaz.*, Parma 1899, pag. 6 e 13.

in mancanza di giudice o di altro magistrato internazionale, è riserbata la decisione definitiva e inappellabile delle controversie tra gli Stati. Tra coloro che seguono questo concetto sorge però subito una gravissima divergenza, in quanto che alcuni s'acquetano a questa condizione di cose riconoscendovi senz'altro un necessario e naturale trionfo del più forte; altri per contro vede appunto in ciò un'inferiorità del diritto delle genti di fronte al diritto interno, e vorrebbe sostituita tale sanzione brutale con un'altra più umana e più civile. È precisamente portando la questione su questo terreno che il problema della guerra si confonde con un problema finale di diritto delle genti. Quanto a noi però, il lettore che ci ha seguiti fin qui ha già compreso che non possiamo veder le cose ponendoci allo stesso punto di vista. Per noi la guerra non è assolutamente, sotto nessun aspetto, sanzione del diritto delle genti: essa è semplicemente una *possibilità* nello stato attuale in cui trovasi il suddetto diritto.

Di qual diritto delle genti sarebbe infatti sanzione? Forse del convenzionale? Qui non sapremmo davvero chi oserebbe assumersi di sostenere l'affermativa, mentre vediamo continuamente che la guerra non solo non garantisce, ma anzi, quando mai, distrugge il diritto convenzionale esistente. Unica garanzia del patto tra gli Stati è la reciproca buona volontà di eseguirne le prescrizioni: ora ciò richiede come necessario presupposto uno stato di mutuo accordo, di convivenza pacifica tra le parti, che viene a cessare precisamente con lo scoppiare delle ostilità. Neppure si può dire che la guerra sanzioni i trattati che vengono conchiusi in seguito alle sue risultanze: quando mai bisognerebbe capovolgere la proposizione e dire che è il trattato di pace che sanziona i risultati della guerra; ma noi già vedemmo non esser sempre esatto neppur questo.

Escluso pertanto il diritto convenzionale o volontario (che ormai del resto abbraccia sì largo campo da esser ben pochi i rapporti che gli sfuggono) resta quel complesso di principî che si sogliono designare col nome di diritto necessario, ossia quelle norme alle quali si presuppone che gli Stati civili uniformino la loro condotta esteriore anche senza bisogno d' un patto esplicito. Ma qui la più superficiale osservazione ci mostra che rarissimamente una guerra è stata intrapresa per garantire un principio generale di diritto internazionale: si è bensì, spesso, invocato un principio di diritto internazionale, ma unicamente per tutelare un interesse particolare di Stato. Il che dimostra che, o i due contendenti non vanno d' accordo sul principio generale (l' un d' essi, ad esempio, invoca il principio di nazionalità e l' altro quello di legittimità) e allora il fatto stesso del disaccordo prova che il rispettivo principio invocato è privo di valore internazionale; o sono d' accordo sul principio e si tratta solo di divergenza nell' applicazione, e allora non c' è più bisogno di sanzionare un principio che da nessuno viene impugnato, allora la guerra garantisce, o tenta di garantire, per ogni Stato, l' interpretazione soggettiva di quel principio.

La guerra non è, dunque, mai garanzia e sanzione del diritto delle genti. Ossia, lo sarebbe veramente in un caso solo: quando cioè il maggior numero degli Stati civili, riuniti — come suolsi dire — in concerto o in società, imponessero collettivamente la loro volontà, anche con la forza, ad altri Stati, per costringerli a mettersi all' unisono coi loro stessi principî. Ma tutto quanto abbiamo esposto fin qui ci dispensa dall' osservare che appunto allora la guerra non è più guerra; allora la guerra acquista veramente quel carattere di *esecuzione* che le abbiamo normalmente negato, allora cessa la parità formale tra i contendenti e al rap-

porto di pura giuridicità si sostituisce un rapporto di gerarchia. Per ora queste manifestazioni sono sporadiche ed eccezionali: se dovessero diventar più frequenti, organizzarsi in azioni costanti, adattarsi in forme fisse, ciò significherebbe che tutto il diritto delle genti cambia di natura e s' atteggia ad altro tipo.

17. — Il lettore si sarà già fatto accorto che tutto quanto abbiamo detto fin qui è indipendente dalla *causa* che ha dato origine alla lotta armata, dal motivo di essa, in altri termini dalla sua *giustificazione intrinseca*. Ma chi ci ha seguiti nel nostro ragionamento avrà anche capito che appunto in ciò stava tutto il valore del nostro tentativo, il quale vuol essere considerato soprattutto come un' affermazione di metodo giuridico e di indirizzo positivo.

Se fossimo nel campo del diritto privato, il dare spiegazioni su questo punto potrebbe parere superfluo e persino ridicolo. Quando a un giurista portano innanzi un contratto, gli chiederanno semplicemente se è valido oppur no: che poi il patto conduca alla rovina economica di uno dei contraenti è affare che non lo riguarda. Se un matrimonio è, come suolsi dire, male assortito, l' uomo di legge non ci avrà colpa, e la sua opera si limiterà a indagare se in quel matrimonio si riscontrano vizî di nullità. Ci si permetta qui, tra queste rigide linee, ricordare un aneddoto personale. Quando esercitavamo le funzioni di ufficiale di stato civile in un consolato italiano con giurisdizione, si presentò a noi una donna di una certa età per procedere alla celebrazione del proprio matrimonio. Ma siccome lo sposo era molto più giovane di lei ed essa aveva vergogna che ciò si sapesse, pregava e scongiurava che si ommettessero le pubblicazioni. Naturalmente dovemmo rispondere che il matrimonio, per esser tale, bisognava fosse fatto in quel modo e non in altro!

Tutto ciò nel diritto privato è semplice, è naturale, è chiaro, è acquisito. Nel diritto pubblico invece la confusione è sempre grande e continua; e il giuspubblicista pretende di fare con la stessa competenza il moralista, l'economista, lo storico e via via. Senza uscire dal nostro argomento, noi non neghiamo affatto che la guerra non abbia in sè un alto contenuto morale che merita d'essere largamente discusso, non neghiamo quindi che ci possano essere guerre sacrosante e guerre inique, come non neghiamo ch'essa poggi su di un substrato economico e rechi effetti sociali degni del massimo interesse. La guerra può essere la redenzione di un popolo o la sua inesorabile rovina. Ma *indipendentemente* da queste cause ed effetti la cui indagine spetta in gran parte ad altre discipline, la guerra si presenta in certe forme e in certi peculiari aspetti, a lumeggiare i quali è appunto competente il diritto pubblico, ed esso solo. Ciò almeno è parso a noi e saremmo ben contenti se fossimo riusciti a portare anche un tenuissimo contributo alla ricostruzione tecnica e formale di questa parte del diritto, da cui siamo ancora, pur troppo, tanto lontani.

INDICE
